

**Os processos informais de
mudança da Constituição ou
“mutação constitucional”**

Chamam-se “mudanças informais” ou “mutações constitucionais” os processos de alteração da Constituição sem que haja modificação oficial no texto dos enunciados constitucionais, ou seja, trata-se de mudanças que ocorrem à margem do processo formal de emenda ou revisão (Dau-Lin, 1998, p. 30; Hesse, 1983, p. 91-92; Gerken, 2007, p. 926; Whittington, 1999, p. 5). Todavia, é discutível a distinção entre interpretação e construção. Enquanto a primeira busca sentidos identificáveis no texto normativo, desenvolvendo-se de forma evolutiva e promovendo um diálogo entre o Judiciário e os demais poderes da federação, de modo a criar regras para ação governamental, a segunda, por sua vez, considera os princípios políticos fundamentais, ocorrendo no momento de turbulência ou de desentendimentos e operando no limite dos significados textualmente identificáveis, estruturando, assim, a futura prática política (Whittington, 1999, p. 7).

Nem sempre é fácil identificar quando se está diante de uma verdadeira mutação constitucional, de um arranjo provisório de práticas políticas ou disposições legais que se desenvolvem na penumbra dos enunciados constitucionais ou de uma simples modificação da orientação jurisprudencial sobre determinado tema constitucional. Embora não seja um irrefutável “teste de *pedigree*” das mutações, há um roteiro composto de três elementos que auxilia a sua identificação: (i) presença de uma re-significação ou reordenação das normas constitucionais; (ii) a mudança estabelece um novo e vinculante padrão para a conduta futura dos atores constitucionais, incluindo os juízes e a população, quando for o

caso; (iii) esse padrão opera (e é percebido) como se fosse uma norma constitucional formal (Griffin, 2006).

Os estudos sobre o assunto costumam apontar, na origem do processo, um divórcio entre a norma positivada e a realidade subjacente, entre o Direito Constitucional escrito e o vigente, entre as relações jurídicas na realidade vital do Estado e o sistema constitucional (Barroso, 2009, p. 126; Dau-Lin, 1998; Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2012, p. 147). Visto mais atentamente, em sua maioria (pois há casos de excessos), a mutação é resultado de releituras dos enunciados normativos que, impulsionadas pelas necessidades fáticas e pelo vigor rejuvenescente dos princípios, revelam sentidos até então não identificados (Dworkin, 1996, p. 225 *et seq.*).

O intérprete é, então, produto da sua história, do texto a que está sujeito e do contexto em que atua, enquanto a interpretação resulta da fusão do “horizonte” do texto e do “contexto” do intérprete, da inter-relação do tempo e do espaço de significados dos dois num processo em que, invisíveis, falam muitos atores (Gadamer, 2013, p. 415-416). Por isso, há aqueles que preferem não usar a expressão “mutação constitucional” (dada a tradição atrelada a rupturas e hiatos do que é considerado a normatividade da Constituição), optando por se referir ao processo como o “desenvolvimento” dos sentidos do texto no tempo e em seus novos contextos (Häberle, 1974, p. 111 *et seq.*, 2003, p. 69 *et seq.*, p. 125, p. 141).

A leitura de trabalhos clássicos sobre o tema, especialmente daqueles produzidos na Alemanha entre o fim do século XIX e o início do século XX, evidencia essa possibilidade de negação da capacidade da Constituição de exercer o papel de ordenadora da realidade. Segundo Jellinek (1991), existiram vários tipos de mutações constitucionais (*Verfassungswandlung*), levando-se em conta quem as realiza e as causas ou condições que levam à sua ocorrência. Os agentes políticos seriam um dos principais atores de mudança, por meio das chamadas “convenções constitucionais”. Entre eles, haveria um destaque para os parlamentares com suas práticas de reparações e de trabalho legislativo.

Especialmente nos sistemas que adotam instrumentos de controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário desempenharia um papel relevante, por meio da interpretação constitucional. Um descompasso entre norma e realidade, um hiato entre o que comanda a Constituição e o contexto fático de valores e relações de poderes político-sociais estaria na base das mudanças. As lacunas das normas seriam uma das fontes desse descompasso e hiato, mas não se poderia olvidar das alterações nas relações de forças sociais e políticas, conduzindo à impossibilidade de exercício de competências e ao desuso dos poderes constitucionais. Enfim, muitas das alterações seriam consequência de uma necessidade política que se irromperia por entre os vazios deixados pelas normas ou até, poderosamente, contra elas (Jellinek, 1991, p. 7, p. 19).

Próxima a essa análise está a descrição das origens mutagênicas de Dau-Lin (1998, p. 31). Para ele, haveria quatro tipos de mutação constitucional: (i) as originárias de práticas políticas que se desenvolveriam num ambiente que os formalistas chamariam de lacuna constitucional; (ii) as derivadas de práticas políticas contrárias aos enunciados constitucionais; (iii) as produzidas pela impossibilidade de exercício das competências estabelecidas pela Constituição, em razão da prática política e das exigências da realidade ou pelo desuso das competências; e (iv) as decorrentes da interpretação dos enunciados constitucionais, dando-lhes significados distintos do original.

A mutação do segundo tipo apresenta desafios à Teoria da Constituição, à sua ideia de supremacia constitucional e à recorrência de sua referência. Particularmente, no direito público alemão, esse tipo de mutação tem forte raiz nos debates levados a efeito no final do século XIX, sobretudo diante da inexistência, à época, de um sistema de controle de constitucionalidade e do predomínio do positivismo legalista, cuja lacuna epistemológica e empírica haveria de ser suprida pelo império dos fatos, pelo *fait accompli*, o (irracional) fato consumado (Korioth, 2000, p. 46). Por isso, os primeiros estudos do assunto, em Laband (1895) e Jellinek (1991), devem ser considerados nesse contexto, assim como a influência que exerceram sobre alguns weimaristas ou seus observadores, como era o caso de Dau-lin (Urrutia, 2000). Sob a Constituição de Weimar,

não havia o controle de constitucionalidade, à exceção de três mecanismos: (i) o controle de primazia do direito federal sobre o direito dos *Länder* (Alemanha, [1949] [s. d.], art. 13), exercido pelo Tribunal do Reich (*Reichgericht*); (ii) o controle de conflitos constitucionais entre órgãos constitucionais e entre o Reich e os *Länder*, ou desses entre si, exercido pelo Tribunal de Estado do Reich Alemão (*Staatsgerichtshof des deutschen Reiches*); e (iii) o controle difuso pelos juízes do direito pré-constitucional (Alemanha, [1949] [s. d.], art. 178.2). Houve, todavia, o reconhecimento de que o juiz poderia também controlar a constitucionalidade das leis posteriores a 1919, numa polêmica decisão do *Reichgericht*, de 5 de novembro de 1925 (Heller, 1985, p. 288-289; Urrutia, 2000, p. 115).

O terceiro tipo pode ou não colocar em dúvida a validade, assim como o último tipo, amparado na decisão do *Reichgericht* de 1925, é o mais conhecido e, ao mesmo tempo, é uma forma de validação dos tipos anteriores, com ressalvas, em princípio, aos que forem inconstitucionais. Sem embargo, as mudanças de visões de mundo e de valores ou, por vezes, de relação de força dentro da sociedade conduzem a uma dinâmica distinção de compatibilidade entre norma e realidade normatizada, sentido normativo e facticidade política. A compreensão desse fenômeno nem sempre é tão simples como aparenta à primeira vista. Apenas em situações-limite e na fotografia do complexo fático-normativo que um dado instante permite, o fenômeno é de fácil elucidação. Há dois extremos no intercâmbio, ou tarefa, de compatibilidade: um frontalmente inconstitucional; outro claramente constitucional.

O domínio da normatividade pelo fático, no primeiro extremo, leva ao desprestígio ou ao fim da força normativa da Constituição. A ascensão de Mussolini ao poder na Itália não se fez com revogação formal do Estatuto Albertino.⁶⁰ Entretanto, sua governança em nada se adequava às exigências de uma monarquia parlamentar, que era a que se impunha naquele Estatuto. A Constituição caducava às práticas de um governo fascista (Crisafulli, 1970, p. 116).

60 O Estatuto Albertino foi o equivalente à Constituição do Reino da Sardenha, tornando-se, posteriormente, a Constituição da Itália unificada.

Uma realidade que desafie a Constituição pode exigir dela duas respostas jurídicas: o expurgo dessa realidade pela invalidade ou declaração de sua inconstitucionalidade; ou a reforma da Constituição para ajustar-se à nova realidade, desde que obediente ao procedimento de emenda ou revisão. Nas duas hipóteses, tem-se o predomínio da norma constitucional sobre a facticidade violadora de seus quadrantes.

Note-se que a prevalência dos fatos ou a supremacia das normas são, como se disse, extremos que admitem espaços de indefinição entre si. A realidade e a norma não são sempre tão divorciadas que permitam uma das duas saídas. As tarefas de aplicação da norma constitucional não se limitam a exercícios de subsunção formalista. A norma prenuncia e impregna a realidade visada pela norma e é definida por essa mesma realidade (Müller, 1993, p. 212).

A construção de sentidos é sempre uma tarefa de acoplamento de realidade e de norma que se opera no tempo, a ponto de ser complicado dizer o que é jurídico e o que é extrajurídico, exceto nos extremos de um hiperintérprete que rompe a linha de construção dos sentidos juridicamente possíveis. A realidade constitucional é o reino das conexões entre direito e política, travejado por aspectos econômicos e sociais (Luhmann, 1996). É ela que, ao ser simultaneamente produto e resultado das mediações recíprocas entre normatividade e facticidade, define os sentidos do constitucional e do inválido.

A aplicação constitucional é construção normativa e movimento constante de diferenciação entre um e outro sentido, o constitucional e o inconstitucional, a validade e a invalidade. O recurso à principiologia enriquece o debate no esforço de construir e dar coerência ao discurso, de modo a evitar a *decisão* e a ruptura sincrônica e diacrônica do processo argumentativo, tanto de justificação quanto de aplicação da legislação e da jurisdição (Habermas, 2003, p. 324-325; Heller, 1981, p. 277; Streck; Lima; Oliveira, 2007, p. 61).

Quando se recorre aos princípios que estruturam ou imantam a ordem jurídica com suas pretensões de justiça, nem sempre os jogos de

linguagem permitem precisar a distinção entre os dois planos. A seletividade principiológica pode, em si mesma, ser uma tarefa decisionista, tanto quanto a sua aplicação nas teias retóricas que, pretensamente, se constroem da práxis intersubjetiva de uma comunidade de intérpretes. A simples referência ao mundo dos princípios, portanto, não fecha as lacunas de alterações substantivas de sentidos normativos nem evita o buraco negro do decisionismo. O Direito é feito de texto e de realidade, cuja reunião se revela no sentido com dupla pretensão de justiça e de efetividade.

Diante desse cenário, deve-se considerar as observações de que o intencional hiato entre normatividade e realidade constitucionais, no âmbito do constitucionalismo semântico e nominalista ou simbólico, é deliberadamente deixado para que se opere a ruptura, pois se há apenas uma ilusão semântica, estimulada pela pragmática do poder e do *status quo*, e não há sentido normativo pré-dado, todo sentido é possível (Loewenstein, 1976, p. 216; Sartori, 1962, p. 858). Não há, nesse ambiente, mutação constitucional, mas uma Constituição mutante, desformalizada pela perda de sua capacidade de bloqueio às intenções de permanência da elite no poder e desmaterializada pela falta de significado normativo que importe compromissos prévios da práxis política e da dinâmica social. Para alguns, isso soa como a hipertrofia simbólica da Constituição e a sua intrínseca “desconstitucionalização fática” ou “concretização desconstitucionalizante” (Neves, 1996, p. 323).

Há três grandes fontes de mutação constitucional que se encontram em operação contínua: o Legislativo, o Judiciário e o Executivo, todos em conjunto com as práticas políticas, notadamente as convenções constitucionais e os partidos políticos (Albert, 2014). Elas atuam de modo simultâneo ou, mais comumente, separado, tanto no estabelecimento de novos institutos quanto na produção de caducidade dos existentes por *desuetudo*.

Normalmente relegado a plano meramente secundário, o Direito Consuetudinário, surge, na dogmática constitucional do *Civil Law*, como um processo tanto construtivo quanto erosivo dos sentidos normativos

(Jellinek, 1991, p. 37 *et seq.*, p. 51; Loewenstein, 1976). Num inventário declaradamente enunciativo, foram enumerados 87 exemplos de mudanças na Constituição dos Estados Unidos, feitas sem recurso ao processo formal de emendas e sem haver precedentes judiciais, dentre as quais destacam-se: (i) estruturas orgânicas – criação do gabinete do presidente, do serviço público civil federal, das cortes federais inferiores, das comissões de regulação independentes, das comissões parlamentares e do tamanho da Suprema Corte; (ii) distribuição e delegação de poderes políticos – *judicial review*, poder presidencial de negociar tratados, poder de embargo, ajuda federal aos estados, intimações (*subpoena*) e figura da desobediência (*contempt*) congressual; (iii) participação política e cidadania – limites do mandato congressual e adoção, pelos estados, de eleição direta para senadores; (iv) tarefa governamental doméstica – responsabilidade macroeconômica do governo federal, orçamento presidencial centralizado, criação do Banco Central (Federal Reserve), desenvolvimento do Estado de bem-estar; (v) relações internacionais – entrada nas Nações Unidas, na Organização dos Estados Americanos (OEA) e na Organização do Tratado do Atlântico Norte (Otan) e aquisição dos territórios no oceano Pacífico (Whittington, 1999, p. 12).

À admissão desse processo mutagênico importa a consideração de que, mesmo nos modelos de Constituição documental ou codificada, podem existir outras fontes do Direito Constitucional que não se submetem ao rigor formal dos processos de emenda e revisão à Constituição (Coan, 2010; Fallon Jr., 1999, p. 546). Essa flexibilidade formal não pode ser interpretada, no entanto, como flexibilidade material, pois depende de fatores sociais e políticos, além de uma vinculação a precedentes ou a tradições que mudam, mas não com tanta facilidade, ou às vontades livres ou imediatas e arbitrárias dos atores mutagênicos (Strauss, 1996, p. 935).

A mutação constitucional como um fenômeno transconstitucional

As mudanças informais da Constituição são identificadas em diversos sistemas constitucionais, sobretudo naqueles mais longevos. Há uma relação direta entre essas mudanças e tempo, extensão e dificuldade de emenda da Constituição (Lutz, 1994). Poder-se-ia acrescentar, também, a relação direta das mudanças informais com o descompromisso e com a normatividade da Constituição, ou, ainda, com a falta de cultura constitucional (Zakaria, 2003). Esses fatores podem ou não atuar conjuntamente (Roberts, 2009). Nos Estados Unidos, a longevidade, a natureza sintética do texto e um processo complicado de emenda se somam na viabilização do fenômeno. Na Argentina, há uma soma dos elementos, embora incidam em graus diferenciados, inclusive no tempo (Gargarella, 2004; Sagües, 2003, p. 204 *et seq.*, p. 257).

A Constituição estadunidense só foi alterada formalmente 27 vezes desde 1787, tendo a última alteração ocorrido em 1992 (Lutz, 1994). As mudanças informais, no entanto, são bem mais frequentes, levando alguns autores a dizerem que as disposições do art. 5º seriam irrelevantes como indutoras de alteração constitucional ou do significado que as normas da Constituição apresentam (Ackerman, 1991, p. 266 *et seq.*; Strauss, 2001, p. 1460).

No Canadá, não é diferente. Há muitos meios formais de alteração constitucional; de regra, muito complicados. Essa pluralidade de meios é associada a fatores constitucionais, como o fato de haver uma parte da Constituição codificada e outra parte esparsa, ou mesmo não escrita, dificultando a identificação do *status* de boa parte das normas jurídicas. Mas também se associa a fatores extraconstitucionais ou a “políticas megaconstitucionais”, como a jurisprudência da Suprema Corte, as leis nacionais e provinciais e as convenções constitucionais, que têm permitido poucas alterações formais da Constituição (Albert, 2016; Russel, 2004, p. 72 *et seq.*, p. 75).

Na Alemanha, o número de emendas à Constituição é muito inferior às alterações que foram aportadas pela interpretação, sobretudo pela atuação construtiva do Tribunal Constitucional Federal. O rol de direitos sociais, econômicos e culturais, inclusive o direito ao meio ambiente sadio, foi, por exemplo, extraído da cláusula geral do Estado Social (Häberle, 2003, p. 63). A doutrina da eficácia dos direitos fundamentais e o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade, elevado à máxima central de todo ordenamento jurídico, são outras construções jurisprudenciais que importaram acréscimos de sentido sem alteração de texto.

No âmbito do federalismo alemão, as relações intergovernamentais permitiram a criação de estruturas e de políticas que não tinham previsão expressa na Constituição. Assim também ocorreu a mudança de significado de mandato parlamentar, de “cargos honoríficos” para “cargos profissionais”, por meio da legislação validada pelo Tribunal Constitucional Federal. O funcionamento parlamentar e a relação com o governo sofreram modificações, notadamente com o uso de voto de desconfiança numa situação de legitimidade constitucional limítrofe (Hofmann, 2012, p. 331-333).

Na Argentina, não são muitas as emendas constitucionais, embora costumem ser amplas e profundas. Em meio a diversas suspensões de validade do próprio texto constitucional, de interpretação judicial desse texto e de normas consuetudinárias fundamentais, há, por outro lado, muitas alterações informais (Ferreira, 2012, p. 222; Gargarella, 2004; Sagües, 2003, p. 204 *et seq.*, p. 257).

Na prática, o processo de revisão formal é também pouco utilizado na Bélgica, mas isso não significa que o texto constitucional se mantenha semanticamente intacto, por três razões básicas. A primeira tem a ver com aquelas leis que, embora sem *status* constitucional, têm sido utilizadas para promover as sucessivas reformas do Estado, incluindo quase todas as normas relativas à alocação de competências e de recursos financeiros às entidades federadas. Em segundo lugar, como em outros Estados federais, a interpretação dada pelas cortes, notadamente pelas cortes de arbitragem, tem levado à ressignificação de algumas cláusulas

constitucionais. Enfim, há diversas revisões implícitas, decorrentes da aprovação das revisões formais. As mudanças no texto de um artigo importam ajustes dos âmbitos de incidência e de sentido de outras normas (Behrendt, 2013, p. 38-39).

No Brasil, embora seja grande o número de emendas constitucionais e relativamente pouco o tempo de vida da Constituição, também são registrados alguns exemplos de mutações constitucionais, especialmente provocadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Sem qualquer pretensão exaustiva, devem ser lembrados, no âmbito do federalismo, a construção jurisprudencial do princípio da simetria, que estabelece um limite implícito ao poder constituinte decorrente; o reconhecimento da eficácia geral e vinculante de suas declarações de inconstitucionalidade no controle concentrado e difuso, bem como da modulação de seus efeitos, antes de haver previsão constitucional ou legal (Mendes, 2004; Sampaio, 2002; Talamini, 2011); a exigência da fidelidade partidária (Brasil, 2007a, 2007b); a ampliação do conceito de família, de modo a incluir as uniões homoafetivas (Pedra, 2012); o enriquecimento da definição de “sexo” como critério de discriminação vedada, originariamente reduzida ao sentido anátomo-fisiológico, passando a referir-se ao gênero, orientação e identidades sexuais (Ávila; Rios, 2016); e a mudança do *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna (Mendes; Vale, 2009).

Esse tema também ocupou a jurisprudência de outros países, por exemplo, nos Estados Unidos, em “*Obergefell v. Hodges*”, de 2015 (Estados Unidos, 2015).

Nem mesmo a ideia de Ackerman (1991) de democracia dualista, em que, além da rotina da vida política de um país, haveria momentos de alteração formal ou informal da Constituição, ajudaria: “A Constituição dos EUA mudou lenta e progressivamente de muitas maneiras que não são capturadas de forma alguma pelos momentos constitucionais de Ackerman” (Friedman; Smith, 1998, p. 30-31, tradução nossa).⁶¹

61 “*The U.S. Constitution has changed slowly and incrementally in many ways that are not captured at all by Ackerman’s constitutional moments.*”

As dificuldades normativas das mutações constitucionais

A mudança informal da Constituição traz sérios problemas ao constitucionalismo, pois subverte a ideia de rigidez constitucional e deixa aos jogos políticos, carentes de transparência, a oportunidade e conveniência de promover as alterações no texto constitucional (Levinson, 2006, p. 164). A inexistência de um dispositivo escrito ou de referências textuais introduzidas por esse tipo de mudança dificulta não apenas a identificação do que mudou, mas de como, em que bases ou por quais propósitos se operou a mudança, gerando um “código constitucional informal prolixo” (Strauss, 2001, p. 1504). O Judiciário e os cidadãos, portanto, não têm o controle sobre o processo, criando dificuldades democráticas ou, pelo menos, uma suspeição de sua legitimidade (Dorf, 1997, p. 1780-1781).

Há, no entanto, quem defenda o processo informal como necessário à dinâmica constitucional e federativa. A atividade atualizadora e integradora da Constituição por parte das cortes e, principalmente, dos atores políticos responderia a demandas que, de outro modo, não seriam atendidas ou seriam de modo tardio. A Constituição muda lentamente, de formas variadas que o processo formal é incapaz de captar (Friedman; Smith, 1998).

Um eventual déficit de legitimidade processual, decorrente do desvio das normas constitucionais que regulam o processo, seria compensado pela legitimidade política do processo informal, de articulação e percepção dos agentes políticos (Albert, 2014) ou por uma adequada atuação judicial que atualizaria, sem os sobressaltos e delongas do processo político formal, o significado de normas (Lutz, 1994, p. 364).

A indecidibilidade formal, no sentido tanto de uma atuação legislativa de emenda quanto de uma intervenção judicial ativa, teria a virtude de mobilizar o público e os representantes populares a construir alternativas que dinamizariam o sentido constitucional, sem comprometer o símbolo da sua escritura e a força de sua normatividade (Sunstein, 1996). Uma mobilização que leva a experimentações pela sociedade e à

diversidade política permite escolhas muito mais adaptáveis às transformações sociais e políticas, sem passar por um processo complicado de alteração do texto, cuja eventual falha gera ônus práticos adicionais, como déficit de normatividade e renovado esforço para correção (Whittington, 2002, p. 791).

Seria exatamente esse processo dialógico que envolve mobilização popular e debate interinstitucional que conferiria não apenas a legitimação necessária, mas uma possibilidade maior de eficácia normativa da mudança (Eskridge Jr.; Ferejohn, 2001, p. 1276; Gerken, 2007, p. 934-935). É preciso, ademais, considerar, pragmaticamente, que nenhuma Constituição escrita, por mais extensa que seja, é capaz de regular todo processo político, havendo sempre um espaço para convenções não escritas e atuação judicial que complementam, integram e até, silenciosa e dissimuladamente, subvertem o texto constitucional (Friedrich, 1968, p. 318; Foley, 2011, p. 6-7; Wheare, 1966, p. 15). Há, portanto, benefícios adicionais ao federalismo pelas mutações constitucionais.

Os Estados federais, como sistemas complexos, seriam vulneráveis ao colapso rápido, que pode ser desencadeado por mudanças constitucionais formais. A emenda constitucional informal, diferentemente, permitiria que o sistema fizesse uma espécie de “*backup*”, que possibilitaria a recuperação do modelo original ou anterior sempre que houvesse uma ultrapassagem dos limites entre a adaptação e o colapso, por exemplo, a destruição de um dos níveis de governo (Bednar, 2010, p. 27). E isso só seria possível porque o processo informal se opera, como visto, por meio de experimentações viabilizadas pela ambiguidade do texto constitucional, que passam por um filtro de aceitação mais ponderada e mais lenta, sem os solavancos das alterações formais (Whittington, 2002, p. 791).

A existência de mecanismos de seleção das experiências produtoras e de rejeição daquelas prejudiciais funcionaria como um sistema de salvaguardas federativas. Esses mecanismos seriam fornecidos pelo controle judicial de constitucionalidade; pelo próprio sistema estrutural do federalismo – incluindo a fragmentação e incorporação das entidades

subnacionais na tomada de decisões a nível federal, que não pode ser esquecida, mesmo na dinâmica dos processos silenciosos de mudança; pelo sistema partidário e seu funcionamento; e pelas relações intergovernamentais com seus mecanismos de estímulos e sanções, além, é claro, da opinião pública e da participação popular. Essas salvaguardas aquilatariam as mudanças constitucionais, muitas vezes de forma implícita, e podem tanto atuar de modo sequencial como simultâneo (Bednar, 2010, p. 9).